



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 0 5 / 2 0 0 3

(Sección 1ª)

La Laguna, a 4 de noviembre del 2003.

Dictamen solicitado por el Illmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Tenerife en relación con el *expediente de resolución del contrato de ejecución de obras comprendidas en el Proyecto de Reforma interior de la 1ª planta del Centro Maternal Ntra. Sra. de La Paz (EXP. 198/2003 CA)**.

F U N D A M E N T O S

I

El 8 de octubre de 2003 tuvo entrada en el Consejo escrito del Presidente del Cabildo Insular de Tenerife, a instancia del Instituto Insular de Atención Social y Sociosanitaria, al haberse subrogado éste en la contratación inicial, mediante el que solicitaba -de conformidad con lo dispuesto, por un lado, en los arts. 11.1.D.e), 12.3 y 20.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo, y por otro, en lo preceptuado por el art. 59.3.b) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP)- Dictamen preceptivo, por el procedimiento ordinario respecto a la Propuesta de Resolución por la que se pretende la resolución del contrato de las obras comprendidas en el Proyecto de Reforma interior de la primera planta del Centro Maternal Ntra. Sra. de La Paz, suscrito con la empresa G.M.G.E.T., Cooperativa de Trabajos Asociados.

II

El contrato que ha generado el presente expediente de resolución fue adjudicado por la Comisión Insular de Gobierno del Cabildo Insular de Tenerife el 18

* **PONENTE:** Sr. Millán Hernández.

de diciembre de 2000, de conformidad con la propuesta de adjudicación que elevó a la Mesa de contratación en reunión de 11 de septiembre de 2000, adjudicando la contratación por el precio ofertado de 15.124.574 ptas., a la empresa G.M.G.E.T., Cooperativa de Trabajos Asociados.

Con fecha 30-1-2001 se formaliza el contrato con un plazo de ejecución de 5 meses a partir del día siguiente del Acta de Comprobación y Replanteo, firmada el 6-3-2001, finalizando el plazo el 6-8-2001.

El 31-7-2001 la empresa adjudicataria de las obras solicita prórroga por un plazo de tres meses desde la fecha de la formalización debido a que las obras causaban molestia a los menores durante las horas de mañana y siesta.

Con fecha 25-10-2001 se concede la prórroga hasta el 6-12-2001.

El 3-12-2001 se comunica a la Dirección Facultativa que el 6-12-2001 concluye el plazo de ejecución de las obras a efectos de la formalización del Acta de Recepción.

El 7-12-2001 la Dirección Facultativa de las obras emite informe señalando que las obras sufren retraso. La obra ejecutada es de un 25% y certificada un 38,4%, por razón de acopio de material, estimándose un plazo de tres meses para su finalización.

El 19-12-2001 el Gerente del Instituto de Atención Social y Sociosanitario, previa audiencia al contratista, resuelve imponer penalidades diarias en proporción de 0,12 euros por cada 601,01 euros del precio del contrato a dicha empresa a partir del 6-12-2001 hasta la recepción de las obras y conceder a ésta un plazo de tres meses desde el 6-12-2001 para la conclusión de las mismas.

El 13-2-2002 la empresa adjudicataria solicita ampliación del plazo de ejecución hasta el 16-3-2002, que le fue concedido, dada la coetaneidad de las obras con el proyecto de medidas contra incendios del mismo inmueble y los trabajos ejecutados.

El 4-6-2002, en base al informe del estado de las obras de fecha 24-5-2002, se emite informe desfavorable sobre la ejecución de las obras por defectos de las ejecutadas, señalándose como causa de la deficiencia la falta de personal técnico cualificado de la empresa contratista.

El 25-6-2002 se inicia expediente de resolución de las obras por demora en su cumplimiento, dando audiencia a la empresa contratista. A partir del 18-10-2002 la empresa contratista paraliza y abandona las obras.

El 19-2-2002, el Servicio de Gestión Administrativa del Instituto Insular de Atención Social y Sociosanitaria, ante la demora en el plazo de ejecución del contrato, por parte de la contrata, opta por la imposición de sanciones (penalidades diarias) a partir del 6-12-2001 hasta la terminación y recepción de las obras a partir del 6-12-2001.

El 21-2-2002, según la Dirección Facultativa de la obra, el porcentaje de la obra ejecutada es un 56% y certificada 53,29%, reconociéndose que la D.F. "ha dado instrucciones de realizar unidades de obra no previstas, que si van a ocasionar un retraso de un mes por causas ajenas a la contrata".

El 4-6-2002, se emite informe por el Servicio de Ingeniería y Mantenimiento del IIASS en el que se señala que a fecha 24-5-2002 la obra realizada es deficiente y que una gran partida de obras aún no ha sido ejecutada.

Sobre la base del informe de 4-6-2002, se propone a la Gerencia del Instituto Insular de Atención Social y Sociosanitaria el inicio del expediente de resolución del contrato de obras, por incumplimiento del plazo y restantes obligaciones contractuales esenciales.

Antes de la notificación (9-7-2002) de la incoación de la resolución del contrato a G.M., con fecha 1-7-2002, entrada en la Administración 3-7-2002 y 12-7-2001, manifiesta la empresa la falta de pago de las certificaciones desde septiembre 2001 a febrero 2002, superando el plazo de 8 meses para instar la resolución contractual y que la falta de pago le ocasionaba un grave perjuicio económico que "no podría soportar por más tiempo".

El 19-7-2002, la empresa -reitera frente a la incoación del expediente de resolución del contrato- en el trámite de audiencia:

1º) que la dilación en el pago ha tenido incidencia en la ejecución de la obra.

2º) que no se concretan los supuestos incumplimientos lo que le genera indefensión.

3º) formula oposición a la resolución contractual reiterando la solicitud de abono de determinadas certificaciones de obra ejecutada.

En el expediente administrativo, consta que la certificación núm. 7 septiembre 2001, de fecha 1-10-2001, con registro de entrada el 26-10-2001, por importe de 3.035.537 pesetas, recibe la conformidad del Jefe del Servicio administrativo el 4-02-2002.

La certificación núm. 8 octubre 2001, de fecha 1-11-2001, por importe de 297.028 pesetas, obtiene la conformidad el 4-02-2002, lo mismo que las certificaciones 9 de noviembre 2001 -por importe de 741.537 ptas., y la 10, de 423.296 ptas. El 16-8-2003 la Intervención Delegada del Instituto Insular de Atención Social (...) pone de relieve que no se ha procedido a abonar las certificaciones de obra desde septiembre 2001 a febrero 2002 así como la necesidad de proceder a su liquidación.

Finalmente, el 23-8-2003 se solicita a la empresa que cumplimente el documento de Alta de Tercero para el abono de las certificaciones.

El 16-8-2002, el Informe de la Secretaría Delegada del Instituto Insular de Atención Social y Sociosanitaria, señala que la solicitud de nueva prórroga 13-2-2002 fue informada desfavorablemente por la Dirección Facultativa, si bien desconoce la existencia o no de comunicación entre la administración y el contratista.

El 27-9-2002, el Servicio de Gestión Administrativa solicita a la D.F. "G.A.", S.L., "informe descriptivo y pormenorizado de la empresa contratista en la ejecución de las obras".

El 17-10-2002, la Dirección Facultativa responde a lo requerido de la manera sucinta e imprecisa que consta en las actuaciones aludiendo "graves irregularidades" (?), mala ejecución en el capítulo de carpintería, paralización de los trabajos y abandono de la obra, así como la sustitución de los técnicos responsables de las obras y desobediencia de órdenes explícitas, escasa cualificación profesional y repetición de los mismos trabajos por deficiente cualificación profesional de los operarios.

III

El contrato de obras puede resolverse por incumplimiento de sus cláusulas (art. 94 TRLCAP) cuando el contratista, por causas imputables al mismo, incurra en

demora, pudiendo la Administración optar indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de penalidades diarias (art. 95.3 del TRLCAP).

En el presente caso, se invoca demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista e incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, con base en los informes de la Dirección Facultativa de 4-6 y 18-10-2002.

Este Consejo Consultivo considera:

1º) La Propuesta que se adopta no es la resolutoria del procedimiento de resolución del contrato, sino la que inicia el expediente de resolución y como acto inicial no puede ser objeto de un Dictamen de fondo por parte de este Organismo.

2º) No se ha cumplido el preceptivo trámite de audiencia al interesado [art. 84 LRJAP-PAC] con las garantías formales inherentes al mismo. Sin que quepa aplicar, antes al contrario, causa de exclusión alguna de tal trámite [art. 84.4 LRJAP-PAC]. La audiencia a los interesados, no sólo lo es al contratista, sino también el avalista del contratista [art. 109.1.b) del Reglamento General de Contratos del Estado, aprobado por RD 1098/2001, de 12 de octubre]; audiencia que sin embargo, no consta haberse realizado en las actuaciones, teniendo en cuenta que el contratista ha señalado a la Administración que "para solventar nuestros problemas de liquidez", su intención era la de ceder el derecho de cobro de las certificaciones de obra a favor de la entidad "L.L.", como así se hizo; entidad que por ello resulta así mismo interesada en el procedimiento en razón del art. 31.1.a) y c) LRJAP-PAC y que por ello también debe ser llamada al procedimiento.

Las comparecencias del contratista en el procedimiento revisor han sido las siguientes: en primer lugar, con ocasión de la notificación de la primera apertura del procedimiento resolutorio; comparecencia en la que, por cierto, el contratista manifestó no sólo que no había habido incumplimiento alguno sino que manifestó desconocer en qué consistía, pues no se concreta en el acto notificado, encontrándose en tal sentido "en situación de absoluta indefensión". La segunda, tras la notificación de la segunda apertura del segundo procedimiento resolutorio, manifestando el contratista su sorpresa porque hasta ese momento la Administración no había respondido a sus reiteradas peticiones de abono de certificaciones pendientes de pago.

Nada dice el contratista sobre la apertura del procedimiento resolutorio, pero es que, nuevamente, el acto notificado no dice en qué consiste el incumplimiento por el que se pretende resolver el contrato. Es decir, al contratista no se le ha comunicado pormenorizadamente las causas resolutorias del contrato, ni ha tenido a la vista el expediente administrativo, ni fue informado de otras incidencias relacionadas con las posiciones de ambas partes, en relación con las obligaciones dimanantes del contrato.

Podría argüirse que el contratista podía haber solicitado el conocimiento del estado del procedimiento [art. 35.a) LRJAP-PAC], pero frente a ese derecho, disponible en cuanto tal, puede oponerse la obligación de la Administración de haber puesto "de manifiesto" del procedimiento al interesado [art. 84.1 LRJAP-PAC], lo que la Administración no hizo, pues se limitó a notificar que se había abierto un procedimiento resolutorio.

La consecuencia de lo expuesto no es otra que la necesidad de integrar el expediente administrativo con la puesta a disposición de los interesados de todas las actuaciones y proceder a la redacción de la Propuesta resolutoria y no de iniciación que, debe pronunciarse con el previo cumplimiento del trámite de audiencia a cuantas personas sean de forma mediata o inmediata directamente afectadas por la Resolución que se adopte.

3º) El expediente suscita otras cuestiones de índole material y formal que inciden de una u otra manera en el procedimiento resolutorio, dilación en el inicio del procedimiento resolutorio; incumplimiento por la Administración de sus propias obligaciones contractuales, particularmente, el no abono al contratista de las certificaciones debidas que agravaron la situación económica de la empresa; falta de comunicación con el contratista; inexistencia en el expediente de copia del Libro de Órdenes que, según la Dirección Facultativa, acredita los incumplimientos de la contrata; aplicación simultánea de la resolución del contrato con las penalidades impuestas.

Respecto a la efectividad de las penalidades e indemnización de daños y perjuicios hay que estar a lo previsto en el art. 99 del Reglamento General de la LCAP (R.D. 1098/2001, de 12 de octubre), en relación con el art. 43 de la LCAP; asimismo debe tenerse en cuenta en cuanto a las Sanciones al contratista por daños y perjuicios en caso de resolución por causas imputables al mismo, lo determinado en la Cláusula 66 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la Contratación

de Obras del Estado, aprobado por Decreto 3854/1970, de 31 de diciembre (PCAGCOE).

4º) El informe del Director Facultativo afirma que fue necesario ejecutar unidades de obra que no figuraban en el presupuesto del proyecto base del contrato, sin que en el expediente figure constancia de haberse dado cumplimiento a la cláusula 60 del PCAGCOE.

Por todo ello, procede retrotraer las actuaciones al trámite de instrucción, para que se complete el expediente administrativo, conforme a lo anteriormente expuesto.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución no es conforme a Derecho, debiéndose retrotraer las actuaciones al trámite de instrucción, a efectos de completarlo, con arreglo a lo expuesto en el Fundamento III de este Dictamen.